

**Universidades Lusíada**

Sousa, António Francisco de, 1956-

**A separação de poderes em Locke**

<http://hdl.handle.net/11067/5057>

<https://doi.org/10.34628/da2t-et96>

**Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	1995
<b>Palavras Chave</b>	Locke, John, 1632-1704 - Crítica e Interpretação, Separação de poderes
<b>Tipo</b>	article
<b>Revisão de Pares</b>	yes
<b>Coleções</b>	[ILID-CEJEA] Polis, n. 04-05 (1995)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-05T07:36:56Z com  
informação proveniente do Repositório

## A SEPARAÇÃO DE PODERES EM LOCKE

### *ÍNDICE:*

#### Introdução

#### I

##### **Reflexão sobre a Trilogia Lockiana dos Poderes**

1. Ideias gerais
2. Locke e o «Poder Judicial»
3. Locke e o «Poder Constituinte»

#### II

##### **O Poder Legislativo**

1. O poder legislativo é o poder supremo
2. O poder legislativo é um poder fiduciário: o verdadeiro poder supremo reside no povo
3. O primado da lei
4. O poder legislativo é um poder limitado
  - 4.1. Respeito pelo bem público
  - 4.2. Estabelecimento de leis positivas claras e justas
  - 4.3. Limites na intervenção na propriedade
  - 4.4. Intransmissibilidade do poder legislativo
5. O poder legislativo não deve estar sempre reunido
6. Necessidade de eleições legislativas periódicas

#### III

##### **O Poder Executivo**

1. O Executivo é o «supremo poder da execução das leis» e substitui o legislativo quando este não está reunido
2. O Executivo responde perante o legislativo
3. Proibição do uso da força sem autoridade
4. O poder executivo é um poder fiduciário para a prossecução do bem público
5. O Executivo convoca e dissolve o legislativo
6. A prerrogativa

---

(\*) Docente Universitário.

#### IV

##### O Poder Federativo

1. O estatuto específico do poder federativo
2. O exercício do poder federativo
3. O significado do poder federativo na ética política de Locke

#### V

##### Conclusão

### Introdução

Está fora de questão o primordial papel que a doutrina da separação dos poderes desempenhou na conformação do modelo de Estado que se propagou a todo o mundo ocidental nos últimos dois séculos, sobretudo a partir de Inglaterra, dos Estados Unidos da América do Norte e da França.

A separação dos poderes foi elevada à categoria de princípio constitucional, constituindo um dos traços mais característicos da estrutura organizativa das diversas variantes do Estado Constitucional Democrático <sup>(1)</sup>.

Sendo a separação dos poderes um princípio estrutural e constitutivo do Estado Constitucional Democrático <sup>(2)</sup>, constitui necessariamente base de referência obrigatória para o tratamento teórico, como político, das principais questões que têm ocupado a juspublicística ocidental nos últimos dois séculos.

Mas o conceito de separação dos poderes é, no mínimo, equívoco <sup>(3)</sup>. A controvérsia que em seu torno se tem gerado vai da sua total rejeição à apologética. Com efeito, enquanto que para uns se trata de uma «*sacred maxim*» (MADISON), outros consideram-na como «*une simple règle d'art politique*» (BARTHELEMY DUEZ). OTTO MAYER considerou a separação dos poderes como «um princípio do Estado constitucional», enquanto que

---

<sup>(1)</sup> A separação dos poderes conheceu um outro estatuto noutros sistemas, como p. ex. no ex-sistema socialista soviético. Cfr. p. ex. PAOLO BISCARETTI di RUFFIA, *Il Principio della Divisione dei Poteri, ed il suo netto disconoscimento negli ordinamenti costituzionali dello Stato Sovietico*, in: Studi in Onore di G. M. Francesco I, Milão 1957, p. 49.

<sup>(2)</sup> Cfr. p. ex. art. 114.º da Const. Rep. Port., que diz: «Os órgãos de soberania devem observar a separação e a interdependência estabelecidas na Constituição».

<sup>(3)</sup> Cfr. SIEGFRIED MAGIERA, *Parlament un Staatsleitung, in der Verfassungssordnung des Grundgesetzes*, Berlim 1979.



para DUGUIT se tratava de uma mera «*théorie artificielle*». Por outro lado, BORTOLOTTO considerava-a como «*essenza della democrazia*», mas já FINER a tomou como «*provisional Scheme*». Não admira, pois, que sobretudo ao longo destes últimos dois séculos, se tenham sustentado diversas acepções de «separação dos poderes». As principais são:

- a) distinção entre legislativo, executivo e judicial para designar quer as funções estaduais, quer os órgãos que as executam;
- b) distinção que visa sublinhar a independência ou imunidade de um órgão estadual quanto ao(s) seu(s) titular(es) ou quanto aos seus actos perante a acção ou interferência de outro;
- c) limitação do poder de um órgão estadual mediante o poder conferido a outro órgão de anular ou impedir a perfeição dos actos do primeiro ou mediante a responsabilização de um perante o outro;
- d) participação de dois ou mais órgãos independentes entre si, pertencentes à mesma função estadual, na prática de um acto imputável a todos; e, finalmente,
- e) incompatibilidade de exercício simultâneo de funções em diferentes órgãos estaduais.

Tem pois plena razão G. MARSHALL <sup>(4)</sup> quando refere tratar-se a separação dos poderes de «um dos mais confusos termos do vocabulário do pensamento político e constitucional».

Ora, como é óbvio, não é nossa pretensão analisar aqui toda a problemática relacionada com a separação dos poderes. Nem sequer pretendemos esgotar a sua dimensão histórica <sup>(5)</sup>. Muito mais modestamente, ocupar-

---

<sup>(4)</sup> Cfr. G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford 1980, 97.

<sup>(5)</sup> Como referem BRONOWSKI e BRUCE MAZLISCH, «ler a história das ideias e da sua realização concreta fora do seu contexto de homens e de acontecimentos é violentá-la» (in: *A Tradição Intelectual do Ocidente*, Lisboa 1983, p. 511). O programa de controlo e de moderação do poder adquiriu uma referência orgânica ainda mais forte em PLATÃO (*Leis*, 691 ss.) e, posteriormente, em POLÍBIO (*Histórias*, VI 3 e 10-18). Na obra de PLATÃO «As Leis», a tripartição clássica é reduzida a uma bipartição. Tanto a monarquia, como a democracia, são mães de todas as outras formas de Estado. Numa está representado o princípio da ordenação unitária pelo soberano; na outra, o princípio da liberdade. É necessário «misturar» (ideia de *Constituição mista*) as duas nas devidas proporções (*Nomoi*, 693 ss.). Tanto PLATÃO como POLÍBIO propuseram uma forma mista de governo e aderiram à ideia de divisão do supremo poder do estado, limitando-o, assim. Para POLÍBIO (VI 10), os diversos factores do poder deveriam ser reciprocamente contrabalançados «de modo a que nenhum adquira um peso superior e se torne preponderante, mas que permaneçam em equilíbrio, tal como numa balança, que as



-nos-emos apenas com a ideia política da separação dos poderes de um dos seus principais pioneiros: JOHN LOCKE. Efectivamente, o contributo de LOCKE para a moderna concepção da separação dos poderes é reconhecidamente da maior importância <sup>(6)</sup>, não obstante os seus limites continuarem

forças antagónicas se compensem mutuamente e que, assim, o Estado Constitucional se conserve por muito tempo». POLÍBIO sustentou a aplicação do princípio de um equilíbrio dos poderes mesmo nas relações externas (I 83). Também CÍCERO quis, tendo em vista a liberdade dos povos e a estabilidade do Estado, dar preferência a uma forma moderada e equilibrada de Estado (*De república* I, 69). MAQUIAVEL esperou uma maior solidez do Estado a partir de um controlo recíproco da «monarquia, da aristocracia e do governo popular, reunidos num e no mesmo Estado». Por sua vez, ALTHUSIUS propôs uma «observação, vigilância e fiscalização recíprocas» entre os titulares do poder governativo e uma autoridade nomeada como guardiã da Constituição (*Política methodice digesta*, XVIII 92). Desde LOCKE, BOLINGBROKE, MONTESQUIEU e HUME, a ideia de separação dos poderes alcançou uma importância política fundamental, tendo-se convertido em postulado de um equilíbrio dos poderes e, deste modo, num elemento essencial do Estado de Direito Liberal. A ideia de «equilíbrio» foi amplamente divulgada a partir do séc. XVI, tornando-se em conceito de moda no séc. XVIII: De acordo com a mecânica celeste, concebida por NEWTON, o sistema solar mantém-se num equilíbrio de forças gravitacionais e centrífugas. Na filosofia moral, SHAFTESBURY operou com o equilíbrio dos afectos. No pensamento económico nasceu a ideia de uma balança comercial, de um equilíbrio de mercado, interna como externamente. No campo da política externa surgiu a ideia de «equilíbrio europeu» e na política interna o equilíbrio orgânico e funcional dos poderes associado a um equilíbrio dentro do parlamento, que deveria ser assegurado através do livre debate das opiniões, bem como da interacção do partido governamental e da oposição que o controla e que com ele se alterna (BOLINGBROKE).

Torna-se pois lugar comum a analogia entre o estado e uma máquina. A Constituição chega a ser vista como tendo por objecto fazer do Estado uma peça de relógio. «O problema político transforma-se num problema de mecânica. Não admira, pois, que a melhor Constituição tenha sido paradigmaticamente descrita como a que estabelece «a proper distribution of power into severall branches, in the whole composing as it where one great machine and each grand branch was a check upon the other, so that not one of them could exceed its just bounds» (ALTER MOYLE, *An Essay on the Lacedemonian Government* — 1698 — apud Gwyn cit., p. 88). Ou como LOCKE noutro local escreveu. «Balancing the power of government by placing several parts of it in different hands» (que foi, aliás, a receita clássica contra o abuso do poder e contra a tirania).

<sup>(6)</sup> EHRHARDT SOARES considera justamente J. LOCKE «um dos construtores da teoria moderna do Estado» (in: *Princípio da Legalidade...*, cit., p. 170). No sentido de que a pré-história da doutrina da separação dos poderes está na doutrina da Constituição mista, cfr. KAGI (OSKAR WERNER), in: *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, Zürich 1937, p. 13 e VIKTOR WEMBER, *Verfassungsmischung und Verfassungsmitte*, Berlin 1977, p. 223.

No entanto, a separação dos poderes relativa à distinção entre funções estaduais, atribuídas cada uma delas a órgãos diferentes, sobretudo em nome da liberdade individual, apenas nasceu em Inglaterra no séc. XVII (aliás, a própria expressão «*separation of powers*» é dessa época). Ela surgiu como pré-requisito jurídico da «*rule of law*». Se tomarmos a expressão «*rule of law*» como sinónimo de Estado constitucional, ou de

a ser altamente controversos. Assim, enquanto que para uns LOCKE será o seu autor original <sup>(7)</sup>, para outros <sup>(8)</sup> o seu verdadeiro autor é MONTESQUIEU, sendo LOCKE um mero precursor daquele, na medida em que no *Two Treatises of Government* — a sua obra política fundamental — apenas se encontrariam traços rudimentares e incompletos da doutrina e, finalmente, para outros <sup>(9)</sup> ainda, na obra de LOCKE não existe nenhuma doutrina da separação dos poderes, entendida esta como exigência de separação e equilíbrio interorgânico, mas tão somente uma distinção das funções estaduais.

A nossa análise não se irá centrar em torno desta polémica, que nos parece ser bastante infrutífera. Antes, concentraremos os nossos esforços na ideia constitucional de LOCKE, isto é, naquilo que LOCKE efectivamente disse sobre a separação dos poderes, particularmente expressa na sua obra *Two Treatises of Government*, vol. II, cap. X a XIV, publicada em 1690.

---

Direito, ficará mais clara a íntima relação entre este e o princípio da separação dos poderes. Cfr. W. B. GWYN, *The meaning of the separation of powers*, New Orleans 1965, p. 75 e KURT KLUXEN, *Die Herkunft der Lehre von der Gewaltentrennung*, ed. de HEINZ RAUSCH, Darmstadt 1969, p. 131 ss.

A «acepção moderna» acabada de referir associa-se (ou confunde-se) à doutrina da *Constituição mista*. Desta associação nasceu a *teoria da balança dos poderes*, a qual, por sua vez, evoluiu para uma teoria de «*checks and balances*». Por seu turno, os «freios e contrapesos» integram-se progressivamente na própria doutrina da separação dos poderes.

Para uma visão global da separação dos poderes, cfr. especialmente A. BARBOSA DE MELO, *Democracia e liberdade*, Porto 1980, p. 40 ss.

<sup>(7)</sup> Ao que parece, o primeiro autor a sustentar esta posição terá sido CARL ERNST JARKE, in: *Die Ursprünge des modernen Constitutionalismus*, 1836. Esta posição é acolhida por muita e importante doutrina alemã dos nossos dias, entre os quais BÖCKENFÖRDE e BULLINGER. Esta mesma posição é também sustentada por importante doutrina portuguesa, nomeadamente por MARCELLO CAETANO, in: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.<sup>a</sup> reimpressão, Coimbra 1983. GARCIA de ENTERRIA, in: *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Madrid 1972, p. 26, é bem claro: «Montesquieu ha, pues, ordenado los mismos idénticos poderes de Locke en una nueva sistematización...».

<sup>(8)</sup> FUZIER HERMAN será o representante clássico desta tese, in: *La Séparation des Pouvoirs d'après l'Histoire et le Droit Constitutionnel Comparé*, Paris 1880.

<sup>(9)</sup> Cfr. RAYMOND CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Paris 1920, p. 3: «Au fond, la doctrine de Locke se ramène donc à une simple théorie de distinction des fonctions». Mais recentemente ROBERT SHACKLETON, in: *Montesquieu, Bolingbroke and the Separation of Powers in French Studies*, e, 1949 e ERNST BARKER, in: comentário à tradução inglesa de «*Das deutsche Genossenschaftsreich*»; OTTO GIERKE, p. 357 «*Hes is dealing with the logical analysis of functions rather than with the practical question of separation (or union) of the organs which exercise functions*».



A conclusão final ficará ao critério de cada um. Claro que para compreender devidamente o pensamento político de LOCKE, nomeadamente no que concerne à separação dos poderes, será necessário ter presente que LOCKE foi pedagogo e filósofo e não jurista, assim como o momento histórico-político em que escreveu, os objectivos com que escreveu <sup>(10)</sup>, a sua relação de amizade com o Conde de Shaftesbury e com Guilherme III de Orange e, não por último, o seu puritanismo tolerante (são célebres as suas *Cartas sobre a Tolerância*). Todos estes aspectos são fundamentais para compreender com profundidade LOCKE. No entanto, o carácter deste estudo não nos permite ir tão longe.

## I

### REFLEXÃO SOBRE A TRILOGIA LOCKIANA DOS PODERES

#### 1. Ideias gerais

Também LOCKE foi influenciado pela magia do número três, então (e de há muito) origem e explicação para muitos fenómenos. O seu pensamento constitucional não podia pois deixar de assentar em três poderes: Legislativo, executivo e federativo (2 § 143 a 148). Ora, esta divisão dos poderes pode parecer surpreendente quer relativamente à história do pensamento político, quer relativamente à própria lógica constitucional proposta por LOCKE. E isto por três ordens de razões.

---

<sup>(10)</sup> No próprio prefácio ao *Two Treatises of Government*, JOHN LOCKE diz expressamente que se propõe «justificar os efeitos constitucionais da Revolução de 1688: a entrega do trono a Guilherme de Orange e a Declaração de Direitos, de 13 de Fevereiro de 1689, que marcaram o triunfo definitivo da monarquia constitucional ou limitada sobre a monarquia absoluta em Inglaterra». LOCKE não se refere obviamente a uma justificação das circunstâncias, mas sim a uma justificação que se pudesse constituir no fundamento jurídico do imperativo político-constitucional resultante do «acidente histórico» de 1688. Locke tinha pois em vista encontrar um compromisso entre o histórico e o racional, compromisso esse que fosse capaz de se traduzir no estabelecimento de um laço de continuidade suficientemente sólido entre as soluções políticas concretas encontradas em 1688 e os dados da reflexão filosófico-política, de modo a que «o conjunto parecesse racional». Teremos ainda oportunidade de ver que foi precisamente a partir deste compromisso entre o princípio e o facto histórico que LOCKE compatibilizou a monarquia mista com o contrato social e a separação dos poderes.



A primeira razão diz respeito à não referência a um *poder judiciário*. Esta «omissão» parece estranha a dois níveis:

Por um lado, ARISTÓTELES (e os clássicos do pensamento político, em geral) <sup>(11)</sup> havia colocado ao lado da assembleia deliberativa dos assuntos públicos e do corpo de magistrados das leis, não um poder «federativo», mas sim um poder «judiciário» <sup>(12)</sup>. Ora, LOCKE parece não integrar no seu «sistema constitucional» um *poder judiciário*.

Por outro lado, esta aparente omissão é tanto mais curiosa quanto a trilogia dos poderes proposta por LOCKE parece padecer de uma estranha dissonância na sua lógica interna. Efectivamente, quando LOCKE descreve o «estado de natureza», apresenta-o como um estado com algumas «inconveniências»: «falta de um juiz comum e imparcial, com autoridade para acabar com as controvérsias» (2 IX 125) e «ausência de uma força de protecção e de execução adequada das sentenças (2 IX 126). O «estado civil é o remédio próprio para as inconveniências do estado natural». O governo deve ser o remédio «para aqueles males que necessariamente se seguem do

---

(11) A separação dos poderes foi tradicionalmente entendida como tendo por objecto a moderação do poder político e a garantia da liberdade. Ela remonta à antiguidade greco-romana, mais concretamente à teoria da constituição mista. ARISTÓTELES (*Politik*, 1298 e segs.) distinguiu três categorias de funções do Estado: 1) As funções de um «poder deliberativo e de decisão» (votação das leis, relações externas — alianças, guerra e paz — nomeação e responsabilidade dos magistrados); 2) funções de decisão e de disposição dos magistrados; e, 3) jurisdição. Ele chamou a atenção para o interesse de uma repartição das funções no plano das tarefas do Estado. Explicou também, que camada e em que grau participaria uma das funções mencionadas. ARISTÓTELES não colocou em primeiro plano a organização formal do Estado, mas sim o seu equilíbrio social (1295b e 1297a).

Como justamente observa WILHELM HENNIS, «a tradição da *teoria da Constituição mista* começa com ARISTÓTELES, e com a recusa desse modelo por PLATÃO começa a pré-história da ideia de soberania (...). Poder-se-ia caracterizar como radical a escola platónica que vai de BODIN, HOBBS, ROUSSEAU até MARX, e como conservadora, reformadora ou moderada a escola aristotélica» (in: *Vom gewaltenteilenden Rechtsstaat zum teleokratischen Programmstaat*, in: *Respublica, Festschrift für DOLF STERNBERGER zum 70. Geburtstag 1977*, p. 174).

(12) ARISTÓTELES, *A Política*, livro IV, 1297 b 36-1298 a 3. Esta mesma trilogia dos poderes encontra-se em TUCÍDIDES, GRÓCIO (in: *De Jure Belli ac Pacis*, livro I, cap. III, § VI, 1): «As suas leis, os seus magistrados e os seus tribunais» e DENYS DE HALICARNASO, *Antiguidades Romanas*, livro II, cap. XIV e livro IV, cap. XX. Esta trilogia será mais tarde retomada pela literatura política clássica, entre os quais se destacam MONTESQUIEU, MABLY e KANT, constituindo a trave mestra da doutrina política moderna.

facto de os homens serem juízes em causa própria (2 II 13) <sup>(13)</sup>. Não será pois curioso que, residindo a razão da passagem do estado de natureza para a sociedade civil ou política na necessidade de superar as suas «inconveniências» e sendo uma dessas «inconveniências» a falta de um *juiz comum* não surja na teoria dos poderes de LOCKE um poder judicial, aliás já de há muitos séculos tradicional na história do pensamento político? Não estaremos pois perante uma omissão no «pensamento constitucional de LOCKE»? Ou será que LOCKE integrou o poder judicial de outra forma no seu «pensamento constitucional»?

A segunda razão diz respeito ao «poder federativo». Efectivamente, LOCKE inclui na sua trilogia dos poderes um «poder federativo», dotado de uma dimensão específica e original. Este «poder» não era tradicionalmente considerado como tal.

Finalmente, a terceira razão diz respeito ao «poder constituinte». LOCKE não inclui na sua trilogia este poder, nem chega a fazer-lhe referência expressa. No entanto, ao longo da sua exposição atribui-lhe uma tal relevância que certos autores, como B. GILSON, se têm interrogado se não se deverá distinguir em LOCKE cinco poderes em vez de três: constituinte, legislativo, executivo, federativo e judicial? <sup>(14)</sup>.

## 2. LOCKE e o «poder judicial»

A razão porque LOCKE eliminou o poder judicial da sua trilogia dos poderes reside no facto de para ele este poder constituir «o critério de toda a sociedade política» <sup>(15)</sup>. Neste ponto, LOCKE segue GRÓCIO para quem o recurso ao juiz era sinal caracterizador de uma sociedade civil <sup>(16)</sup>. Com efeito, enquanto que no estado de natureza cada um, como executor do seu direito (2 II 7, 12 e 13; 2 IX 128) é «juiz e executor» da lei da natureza (2 IX 125), no estado civil, pelo contrário, é necessário que a competência

<sup>(13)</sup> No mesmo sentido cfr. 2 VII 90; 2 VIII 100; 2 III 20. Foi devido à falta deste «juiz comum» na Terra que Jeftá se viu obrigado a apelar para os Céus e a declarar guerra aos Amónitas.

<sup>(14)</sup> B. GILSON, introdução à sua tradução para o francês do Segundo Tratado do Governo Civil, Vrin 1967, p. 24.

<sup>(15)</sup> GOYARD-FABRE, ob. cit., p. 127. Cfr. LOCKE, cit. 2 IX 123 a 126.

<sup>(16)</sup> GRÓCIO, *De Jure Belli ac Pacis*, livro I, cap. III, §§ 1 e 2.



para resolver os litígios e para «endireitar os tortos» pertença a um «juiz comum» (2 IX 125). Assim sendo, a principal dimensão de toda a sociedade política é a existência de uma jurisdição que diga o direito sempre que surge um diferendo (§ 127, *in fine*). Ele, é, em suma, o elemento revelador da finalidade pacífica que a comunidade civil deve ter (§ 21): «Se tivesse havido um tribunal de justiça desta natureza, alguma jurisdição soberana sobre a terra para pôr termo aos diferendos que surgiram entre Jephté e os amonitas, eles nunca se teriam colocado em estado de guerra» (17).

É pois importante para LOCKE que a força do Estado não seja apenas uma força de direito, mas a força do direito, pronunciado não por um indivíduo qualquer que, em suma, apela para os céus, mas por um juiz reconhe-

---

(17) Esta ideia de que os homens se integraram numa sociedade ordenada pela lei a fim de se protegerem mutuamente contra as ofensas dos outros não é invenção de LOCKE. Bem pelo contrário, ela é muito mais antiga, tendo sido já defendida por exemplo em PLATÃO (in: *Estado*, 359). A ideia de que seria legítimo, ou mesmo necessário, não apenas uma simples comunidade, mas também um poder estatal dotado de força coerciva que garantisse a protecção dos homens entre si, ganhou particular relevo com as guerras religiosas e civis dos séculos XVI e XVII. Não foi por acaso que JEAN BODIN proclamou a ideia de soberania no tempo das guerras dos *hugonotes* e das lutas pelo poder entre as classes sociais e o rei. Do mesmo modo, THOMAS HOBBES (1588-1679) foi sensível aos acontecimentos da sua época: A Guerra dos Trinta Anos havia acabado de devastar a Alemanha e o próprio HOBBES viu-se obrigado a deixar a Inglaterra durante os conflitos internos que culminaram com a guerra civil inglesa. Não admira pois que se lhe apresentasse ameaçadora a imagem da guerra de todos contra todos (*De cive*, I n. 12). A guerra conduziria à total abolição do poder estatal, onde reinariam o egoísmo e o temor (*De cive*, Prefácio). «*Homo homini lupus*» (*De cive*, Dedicatória): o homem é para os seus semelhantes um animal feroz, quando o medo se apodera do poder coercivo. Aliás, esta desconfiança em relação ao ser humano vinha já de muito antes, nomeadamente do século anterior, quando surgiu a doutrina do pecado original concebida pela Reforma. O homem teria uma «*natura corrupta*», perversa, intrínseca à natureza humana devido ao pecado. Eis porque HOBBES aconselha o céptico a não se esquecer «de se armar ao partir para uma viagem e de procurar boa companhia; deve à noite fechar as portas da sua casa e dos seus armários, não obstante haver leis e uma força policial pronta a intervir contra a injustiça (*Leviathan*, cap. 13; *De cive*, Prefácio). Do mesmo modo, numa comunidade onde falta qualquer forma de poder estatal, isso fará com que nasça no seu seio uma profunda ânsia de ordem e de paz. A superação de tais inconvenientes passa necessariamente pela existência de um poder geral superior ao indivíduo.

JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1712-1778) viveu numa situação política completamente diferente da de HOBBES. Reinava a concentração do poder do Estado nas mãos de um só, tendo-se entretanto revelado já os inconvenientes desta forma de governo enaltecida por HOBBES. Nas cortes principescas reinava a ostentação, a prodigalidade, a imoralidade e a arbitrariedade. Nestas condições, aspirava-se por outros valores, que não por os de uma ordem interna de que se gozava em demasia. Aspirava-se por liberdade, igualdade e justiça social. E de facto foram estas ideias que mais se manifestaram na teoria do Estado concebida por ROUSSEAU (cfr. em especial *Contrat Social*).



cido por todos, ou seja, por uma instância positiva competente, que é o tribunal (2 III 21).

Na medida em que o direito do estado de natureza, inerente ao indivíduo, não tem outro executor senão o próprio indivíduo, não podemos ter sociedade civil ou política. O estado de natureza subsiste com as ameaças de guerra civil que integra em razão da fragilidade da natureza humana<sup>(18)</sup>, enquanto não se possa afirmar a competência jurisdicional do magistrado. Por conseguinte, o poder judiciário ou, mais propriamente, jurisdicional, não é um «poder» entre outros. Ele indica a juridicidade essencial do estado civil (§§ 88, 89 e 127), característica esta que nunca existe na sociedade natural, onde cada um, com um espírito de vingança, está incumbido da execução do seu direito de natureza (§ 125). Eis a razão porque o «poder judiciário» não deveria apresentar-se no *Commonwealth* como um «poder autónomo». Mas, por outro lado, se é certo que, por razões de eficácia, o empirismo pragmático de LOCKE jamais perde de vista que a exigência jurisdicional se deve institucionalizar, a sua incarnação orgânica e a sua administração funcional não são mais que figuras empíricas e práticas. Nesta perspectiva praxeológica, o poder judiciário não poderia ser autonomizado dos poderes legislativo e executivo, ainda que com eles não se confunde. Considerado em si, o poder judiciário é o «*original right and rise*» de toda a sociedade civil, isto é, como diz DAVID MAZEL, «*le droit original et la source*» de onde ela procede<sup>(19)</sup>. No mínimo, podemos pois dizer que na sociedade civil de Locke a exigência jurisdicional e o poder judiciário que o executa são «fundamentais»: eles exprimem a condição *sine qua non* da sociedade política, situando-se muito para além de um simples «poder autónomo» do Estado.

(18) É interessante verificar aqui a influência que LOCKE exerceu sobre MONTESQUIEU. Também para MONTESQUIEU apenas sob um governo moderado e no caso de não haver abuso do poder se garante a liberdade. Também ele está dominado pela desconfiança face ao detentor do poder. «...*c'est expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... la vertu même a besoin de limites*». E acrescenta numa fórmula que ficou célebre: «*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*» (Cap. XI 4 e V 14 *in fine*). É pois necessária a pluralidade de poderes para manter sob controlo a tendência natural de toda a pessoa para o abuso do poder. Estabelecer um mecanismo de cooperação e de oposição dos poderes no Estado constitui o meio mais adequado para garantir a liberdade do povo.

(19) GILSON traduz da seguinte forma: «*Nous trouvons là le fondement juridique initial et la genèse...*».

### 3. LOCKE e o «poder constituinte»

LOCKE também não colocou o poder constituinte no mesmo plano das «instâncias constitucionais». Com efeito, o poder constituinte, sem que nunca tenha sido explicitamente referido por LOCKE, designa a capacidade constitutiva aliada ao consentimento (*consent*) popular e à confiança (*trust*) que dela resulta. O poder constituinte não tem senão o sentido atribuído ao acto contratual pelo qual a vontade da maioria (§ 98), como uma «vontade única» (§ 96), faz nascer o *Commonwealth*. Como tal, o poder constituinte é apanágio do povo e corresponde — ainda que LOCKE se recuse a empregar este vocábulo — à soberania de que o povo é o detentor <sup>(20)</sup>. É o poder constituinte que introduz o direito no Estado e que permite a eficácia da realidade jurídica do governo civil. Por conseguinte, o «significado do poder constituinte» é «mais político que jurídico». Isto significa que, considerado em si mesmo, este «poder», que é o bem do povo, não é de ordem constitucional. Muito mais do que isso, ele é o «cadinho» em que são definidas e elaboradas as estruturas jurídicas da sociedade política.

Em conclusão, para LOCKE funcionalmente a sociedade civil tem apenas três poderes: legislativo, executivo e federativo. Os «poderes» constituinte e judicial não se encontram nem no mesmo plano, nem têm a mesma natureza que os poderes legislativo e executivo <sup>(21)</sup>. Por outro lado, LOCKE atribui ao poder federativo uma dimensão original.

## II

### O PODER LEGISLATIVO

#### 1. O poder legislativo é o poder supremo

Para LOCKE, o poder legislativo constitui a «alma do corpo político» (2 XIX 212). O principal fim dos homens em sociedade é o gozo das suas

---

<sup>(20)</sup> Cfr. GOYARD-FABRE, *Souveranité et citoyenneté dans la pensée littéraire de Locke*, in: Cahiers de philosophie politique et juridique, n.º 4, 1983, pp. 123-127.

<sup>(21)</sup> Por conseguinte, podemos dizer que enquanto o poder judicial revela a essência da sociedade civil, o poder constituinte representa a condição da sua existência.



propriedades <sup>(22)</sup> em paz e sossego e o grande instrumento para tal são as «leis estabelecidas» <sup>(23)</sup>. Ora, a primeira e fundamental «lei estabelecida» de todas as repúblicas é o estabelecimento do poder legislativo <sup>(24)</sup>. Este deve orientar-se primordialmente para a conservação de toda a sociedade e de toda a pessoa nela existente <sup>(25)</sup>. O poder legislativo não é apenas o supremo poder da república; ele é também inviolável nas mãos em que a sociedade uma vez o depositou. Nenhuma determinação de outra pes-

<sup>(22)</sup> O conceito de propriedade em LOCKE engloba não só os bens materiais, mas a própria vida e a liberdade (cfr. 2 ... 123). Como refere EHRHARDT SOARES, em LOCKE estabelece-se uma relação íntima da pessoa entre liberdade e propriedade, acabando aquela por ser a medida e a condição desta (in: *Princípio da Legalidade e Administração Constitutiva*, cit., p. 170). Ao contrário do que defendem HOBBS e ROUSSEAU, a celebração do contrato social não é para LOCKE ocasião de uma revolução total na vida dos homens, mas apenas da obtenção daquilo que, por razões várias, o estado de natureza deixa a partir de certo momento de assegurar. Cfr. BÖCKENFÖRDE, cit. p. 391. A concepção de LOCKE do *Estado de natureza* compreende duas ideias essenciais: a pressuposição da propriedade privada e o seu carácter pacífico. Por conseguinte, é com razão que BÖCKENFÖRDE (cit., p. 391) conclui que a existência «natural» da propriedade confere ao Estado de natureza de LOCKE um carácter «individualista-possessivo», onde já se manifestam os traços essenciais de uma sociedade concorrencial de proprietários. A expressão «individualismo-possessivo», para caracterizar a teoria política de LOCKE, deve-se a C. B. MAPHERSON, *The Political Theorie of Possessive Individualism*, Oxford, 1962.

<sup>(23)</sup> LOCKE não define expressamente o conceito de lei (cfr. BÖCKENFÖRDE, cit., p. 24). Todavia, refere-se às leis como «*established standing laws*», «*promulgated standing laws*», «*established*», «*settled known laws*», dotadas de uma «*constant and lasted force*», apondo-se sempre aos «*occasional judgements*» confinados a situações concretas ou a objectivos particulares (cfr. 2 ... 114, 131 e 136).

<sup>(24)</sup> Como justamente refere EHRHARDT SOARES, o motivo da separação entre o poder legislativo e o poder executivo — muito mais vincadamente em LOCKE que em MONTESQUIEU — é o da defesa da comunidade de homens livres pela entrega do poder de fazer leis à própria comunidade: o que acaba por significar o próprio parlamento (R. E. SOARES, *Princípio da Legalidade*, cit., p. 171).

<sup>(25)</sup> A melhor forma de realizar o objectivo para que os homens entram em sociedade, isto é, a fruição dos seus bens em paz e segurança, é o estabelecimento de leis positivas (2 ... 124). A lei positiva — e não o monarca absoluto como em HOBBS — constitui o remédio contra a insegurança e a ausência de paz, que tornaram intolerável o estado de natureza. Ela constitui a garantia e a medida de liberdade individual, ainda que em muitos casos acarrete restrições à liberdade proporcionada pela lei natural. A única forma de garantir eficazmente a vida e a propriedade é através do recurso à lei positiva (2 ... 129). Cfr. CHRISTIAN STARK, *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1970, p. 122 s.



soa <sup>(26)</sup>, seja qual for a forma ou poder em que se baseie, deve ter força e obrigação de lei, enquanto não for sancionada pelo legislativo, escolhido e nomeado pelo povo. Sem isto faltaria à lei o que lhe é absolutamente indispensável: o consentimento da sociedade, na qual ninguém pode ter poder para fazer leis sem ser pelo seu consentimento e autoridade <sup>(27)</sup>. A obediência a que os homens estão sujeitos termina neste poder supremo e orienta-se pelas leis do legislativo. Nenhum juramento, seja perante quem for, desobriga os homens desta obediência ao legislativo. Se há um poder supremo, toda a obediência acaba nele (2 XI 134).

## 2. O poder legislativo é um poder fiduciário: o verdadeiro poder supremo reside no povo

Uma república não pode ter mais do que um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos estão e devem estar subordinados. Mas o legislativo não passa de um «poder fiduciário» que deve obrar para certos fins. No povo permanece um poder supremo para afastar ou alterar o legislativo sempre que considere que este age contra a confiança que nele depositou <sup>(28)</sup>. Todo o poder dado pelo povo ao legislativo destina-se a um deter-

---

<sup>(26)</sup> Tenhamos presente que na *Revolução Gloriosa* (1688), JAIME II foi expulso do trono principalmente por interferir na esfera legislativa ao tentar anular, em larga escala, as leis do direito da igreja oficial de Inglaterra, fazendo uso excessivo do «direito de dispensa» que retirava da prerrogativa real. Após a Revolução, as duas Câmaras (Alta e Baixa) acordaram, na «*Declaration of Rights*», nas condições de chamamento de GUI-LHERME III e de MARIA de Orange ao trono.

<sup>(27)</sup> A fonte ou «fundamento legal» dos poderes legislativo e executivo mais não são, respectivamente, que a renúncia por parte dos membros da sociedade ao seu poder de punir as infracções contra a lei natural e a força própria de que dispõem para fazer executar as sentenças (2 XII 127).

<sup>(28)</sup> A ideia democrática de que o poder parte do povo não é invenção de LOCKE. Já em ARISTÓTELES encontramos a ideia de que no Estado democrático residiria um elemento essencial da liberdade do cidadão pelo facto de «governar e ser governado alternadamente». Estaríamos perante a liberdade de todos, porque não se obedeceria porventura a ninguém, ou obedecer-se-ia apenas de modo alternativo.

Na chamada «Idade Média» manteve-se uma resignada reserva às ideias democráticas através da doutrina do contrato político e do direito de resistência. Mas deve-se a MARSÍLIO DE PÁDUA (ca. 1275-1342) uma das teorias mais profundas da democracia: característico de uma boa Constituição, dizia ele, é que a soberania seja exercida com o consentimento dos governados. «A força e a autoridade do governo têm por alicerce a vontade claramente manifestada pelo povo. Assim, o melhor seria que os governantes

minado fim. Ora, assim sendo, o legislativo está limitado por esse mesmo fim, pelo que, sempre que o fim venha a ser desrespeitado, se perderá necessariamente o consentimento (*consent*) e a confiança (*trust*) e o poder legislativo é devolvido automaticamente às mãos daqueles que o cederam <sup>(29)</sup>, que o poderão voltar a colocar em quem acharem mais conveniente para a paz e a segurança públicas. Assim, a sociedade está dotada de um poder supremo e perpétuo para se salvar das tentativas e desígnios seja de quem for, inclusive dos seus legisladores, sempre que estes sejam «loucos e perversos, planeiem e executem desígnios contrários à liberdade e propriedade dos súbditos» <sup>(30)</sup>. Isto é tanto assim quanto, como vimos, nin-

---

fossem nomeados por via de eleição». E mais adiante: «Legislador ou primeira e verdadeira causa efectiva da lei é o povo, ou a totalidade dos cidadãos, ou a sua maioria». Uma lei aprovada por esta via não avalia apenas melhor o bem comum como também tem melhores perspectivas de vir a ser observada (in: *Defensor pacis*, esp. I 9 e I 12).

No começo da idade moderna a ideia de democracia foi reanimada sobretudo a partir da ideia de contrato social (ou consenso dos súbditos). A doutrina jusnaturalista aceitou progressivamente o Estado não como uma instituição resultante da vontade divina, mas como uma instituição de utilidade humana, resultante do consenso entre os homens. Já ALTHUSIUS (1557-1638) ensinava que o soberano, a quem o povo confia o supremo poder é apenas o administrador, o gerente, o piloto deste poder (*Política methodice digesta*, Prefácio). Também para GRÓCIO, «todo aquele que se associa a uma comunidade e se submete a um ou a muitos, prometeu, expressa ou implicitamente... seguir o que a maioria dos seus semelhantes ou aqueles a quem o poder for transmitido vier a determinar» (*De jure belli ac pacis*, Prefácio, n. 15 ss.). Neste mesmo sentido se inclinou PUFENDORF (1632-1694), para quem a comunidade estatal deveria fundar-se no «livre acordo» (*De jure naturae et gentium*, VIII 2). Nesta mesma época ESPINOSA (1632-1677) sustentou ser a democracia a forma de Estado que mais se aproximaria da liberdade que todos recebem da natureza. «É que nela ninguém transfere o seu direito a um outro, de tal modo que ele próprio a partir daí deixe de ser consultado; antes pelo contrário, ele transfere o seu direito à maioria da sociedade de que ele próprio é parte. Desta maneira todos permanecem iguais, tal como eram antes no Estado natural (*Tratado de Teologia Política*, cap. 16). Acabamos de ver que estas ideias foram também aceites por LOCKE, mas deve-se sobretudo a MONTESQUIEU (1689-1755) o limar de algumas das suas arestas (sobretudo in: *De l'esprit des lois*, cap. XI) e a ROUSSEAU (*Contrat Social*, sobretudo cap. I 6 e 7, II e 3, IV 2, III 4 e 15). Não por último, importa ainda referir que também KANT partilhou desta ideia. Segundo ele, o poder legislativo deveria pertencer exclusivamente «à vontade conjunta do povo» (*Metaphysik der Sitten*, I § 46).

<sup>(29)</sup> A titularidade do poder legislativo permanece, bem entendido, na própria comunidade de homens livres e iguais. Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, BFDC 1981, p. 171.

<sup>(30)</sup> As premissas fundamentais da teoria política de LOCKE são: contrato social, individualismo, soberania popular, igualdade política, princípio maioritário e delegação. Excluem, em abstracto, qualquer compatibilidade com a teoria da constituição mista, antes postulando um estado e um poder político monolegitimados e uma sociedade politicamente homogénea. Se a soberania pertence ao povo, todos os poderes estaduais deverão manifestar a vontade popular e executá-la. Neste sentido cfr. FRANCO BASSI, *Divisione dei Poteri*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, p. 475.



guém pode entregar a sua sobrevivência e os meios para tal à vontade absoluta e ao domínio arbitrário de outrém. O povo tem sempre o direito de conservar aquilo que lhe não é permitido ceder e pode sempre desfazer-se daqueles que invadem esta lei fundamental, sagrada e inalterável, da sobrevivência humana, para cujo fim entraram em sociedade. Estando o governo em funções, o poder supremo está no legislativo, pois é lógico que aquele que pode dar leis a outros seja o superior. Mas estando este dissolvido ele regressa ao povo (2 XIII 149 e 150) <sup>(31)</sup>.

### 3. O primado da lei

O que torna LOCKE inovador e muito influente para o futuro é o facto de ter desenvolvido e fundamentado a partir de premissas diferentes das da versão da *rule of law* da doutrina da separação dos poderes não só a supremacia da função legislativa, como também o primado da lei.

A lei concebida por LOCKE é já uma «lei-norma prescrita previamente e independentemente da sua aplicação ou dos problemas jurídicos concretos que nela possam ter o seu critério de solução» <sup>(32)</sup>. A aplicação posterior desta norma prévia aos factores concretos conforma materialmente a função executiva. A doutrina da separação dos poderes pressupõe, assim, uma plena autonomia material da função legislativa relativamente à função executiva e visa assegurar a supremacia da lei <sup>(33)</sup>: é ela que exclusivamente

---

<sup>(31)</sup> Mesmo quando participa no poder legislativo, o monarca já não se encontra, em LOCKE, autonomamente legitimado. A sua legitimidade resulta, antes, do seu estatuto de mero delegado da comunidade. Perante isto, parece insustentável a interpretação de JELLINEK (in: *Staatslehre* III, p. 166), segundo a qual LOCKE é um adepto da soberania monárquica. Este, porém, é inequívoco: «A comunidade mantém sempre o poder supremo» (2 ... 149). Destas afirmações de LOCKE é possível extrair a defesa do princípio da soberania popular, em oposição ao esquema da constituição mista.

<sup>(32)</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Assentos*, cit. p. 579.

<sup>(33)</sup> Como refere R. SOARES, «convinha ter a segurança de que a máquina da Administração ficasse subordinada àquelas mesmas leis que o parlamento criou e, desse modo, impedido de agredir a sociedade civil nos sectores que ela observou para o seu domínio. Para se alcançar esta defesa era então necessário que, não só no mundo da privacidade, mas também no diálogo entre privados e poder público, se reconhecesse a soberania da lei, o que quer dizer o domínio do parlamento, forma condensada e representativa da sociedade. Estão assim criados os pressupostos do princípio da legalidade da Administração» e, mais adiante, acrescenta: «Domínio da lei exprime a opção política do domínio do parlamento» (*Princípio da Legalidade*, cit., p. 171).



contém os critérios de solução para os casos concretos <sup>(34)</sup>. Estes serão exclusivamente resolvidos à luz desses critérios prévios, genérica e abstractamente prescritos e insusceptíveis de modificação de caso para caso, em nome da certeza e da segurança dos destinatários <sup>(35)</sup>.

O conceito de lei resultante de uma função legislativa «emancipada», tal como foi exposto por LOCKE, constitui não só uma parte da doutrina da separação dos poderes, como tende a torná-la um «corolário institucional» daquela, ou uma «exigência racional» dela deduzida.

#### 4. O poder legislativo é um poder limitado

O poder legislativo, permanente ou não, reunido numa só ou em várias pessoas, é sempre o poder supremo de toda e qualquer república (7a). No entanto, por um lado, não é nem pode ser absolutamente arbitrário quanto às vidas e fortunas do povo. Por outro lado, está subordinado à justiça, devendo estabelecer leis positivas, claras e justas. Finalmente, o poder supremo não pode tirar de um homem parte alguma da sua propriedade sem o seu próprio consentimento (2 XI 135, 136 e 138).

O poder legislativo tem dois limites, que resultam da confiança posta nele pela sociedade, da lei de Deus e da natureza. Esses limites são:

1. Leis que apenas visem o bem público;
2. Governo segundo leis fixas e promulgadas, iguais para ricos e pobres, deputados e camponeses;
3. Leis que não imponham tributos à propriedade do povo sem o seu consentimento directo, ou por intermédio dos seus representantes;
4. Impossibilidade de transferência do poder de fazer leis ou constituir esse poder em parte alguma que não seja onde o povo quis (2 XI 142).

---

<sup>(34)</sup> Muito sugestivamente refere EHRHARDT SOARES: «O legislativo desempenha uma função mais que tecnicamente diferente da do executivo. É a superioridade que se exprime na primazia do decidir sobre o agir, da vontade pura sobre a vontade serva (in: *Princípio da Legalidade*, cit., p. 172).

<sup>(35)</sup> Cfr. GWYN, cit. p. 70; VILE, cit. p. 63 e 67; CASTANHEIRA NEVES, cit. p. 524; *idem*, *Assentos*, p. 579.

#### 4.1. *Respeito pelo bem público*

O primeiro limite resulta do facto do legislador não poder ter mais poder que aquele que as pessoas tinham e cederam à comunidade. Ninguém pode transferir o que não tem, pois ninguém tem um poder absoluto e arbitrário sobre si mesmo, ou sobre outrem. O poder legislativo tem por máxima extensão o bem público da sociedade. O seu fim é apenas o da conservação e não o da destruição, escravização, ou empobrecimento propositado dos súbditos. Com a sociedade civil, a lei natural não deixou de existir, antes, constitui uma lei externa para todos os homens, sejam legisladores ou não. Sendo a conservação do género humano a lei fundamental da natureza, nenhuma sanção humana pode ser boa ou válida se for contrária à conservação do homem (2 XI 136).

#### 4.2. *Estabelecimento de leis positivas, claras e justas*

O segundo limite resulta da necessidade de clareza e justiça na determinação dos direitos e salvaguarda da propriedade, pois a lei natural não está escrita e há quem a conheça e quem a desconheça. Quem tem o direito do seu lado apenas tem, em regra, a sua força, a qual não é suficiente para se defender das ofensas ou para punir os delinquentes. A sociedade civil permite ultrapassar estes «inconvenientes» através da lei positiva fixa e da força comum da sociedade <sup>(36)</sup>. Através da lei positiva <sup>(37)</sup> cada um sabe o que é seu (2 XI 136).

---

<sup>(36)</sup> A lei baseia-se pois na vontade popular. Note-se que KANT baseia a lei na dupla soberania: do povo e da razão. Por sua vez, ROUSSEAU reduz o Estado à lei e entende a soberania como a «*volonté générale*».

<sup>(37)</sup> LOCKE não define expressamente o conceito de lei (cfr. BÖCKENFÖRDE, cit., p. 24). Todavia, refere-se às leis como «*established standing laws*», «*promulgated standing laws*», «*established*», «*settled known laws*» dotadas de uma «*constante and lasted force*», opondo-se sempre aos «*occasional judgements*» confinados a situações concretas ou a objectivos particulares (cfr. 2 ... 114, 131 e 136). Parece pois poder-se concluir que para LOCKE a lei terá carácter duradouro geral, não apenas no sentido de que contempla um número indeterminado e indeterminável de destinatários ou um número indeterminado e indeterminável de casos, mas sobretudo no sentido de que fixa o essencial, o duradouro, o mais significativo de uma comunidade, no respeito pela lei natural e pelo interesse público. Como justamente refere BÖCKENFÖRDE, «o conceito de lei em LOCKE, não se pauta apenas por características extrínsecas, mas também por características



O poder absoluto e arbitrário, ou o governo sem leis positivas e fixas, não é consentâneo com os fins da sociedade e do governo. Para tal, os homens não cederiam a sua liberdade do estado natural, pois colocar-se-iam em situação ainda mais insegura daquela em que já se encontravam. «Ter-se-iam desarmado e armado o legislador para os despojar quando lhes aprouvesse». Portanto, seja qual for a forma de república, «o poder directório deve governar por meio de leis inteligentes e aceites e não por ditames extemporâneos e normas obscuras». Todo o poder do governo só pode ser exercido para o bem da sociedade e não deve ser arbitrário. Por isso, deve ser exercido por meio de leis fixas para que o povo possa conhecer quais são as suas obrigações e esteja salvo e seguro dentro dos limites da lei. Mas a lei fixa também deve servir para que os governantes se contenham nos limites da lei (2 XI 137).

#### 4.3. *Limites na intervenção na propriedade*

O terceiro limite resulta do facto da conservação da propriedade<sup>(38)</sup> ser o fim do governo e a razão porque os homens entram em sociedade. Isto supõe que o povo tinha propriedade e que a não perdeu com a sua entrada para a sociedade para cuja salvaguarda entrou. «Se o poder supremo me pode tirar quando lhe aprouver o que é meu, significa que nada tenho». Logo, o legislativo tem de respeitar a propriedade do povo (2 XI 138 e 139), só a podendo tirar com o consentimento dos súbditos. LOCKE exemplifica com um caso que poderíamos chamar de «desvio do poder»: disto é prova, diz ele, o poder do general para condenar um soldado à morte por em batalha ter abandonado o seu posto, mas já não para lhe tirar um vintém do seu bolso. Isto porque a obediência no primeiro caso é fulcral para o fim que o general tem o poder, que já não no segundo caso (2 XI 139). E, referindo-

---

intrínsecas. É um conceito institucional de lei» (BÖCKENFÖRDE, cit. p. 24 s.). Em LOCKE a prerrogativa, o poder legislativo e o poder normativo não se confundem, isto porque o «*prerogative power*» também pode ser de natureza normativa. Cfr. ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, cit., p. 172: «As equações «geral-individual»; «abstracto-concreto», têm no pensamento da época uma equivalência necessária a «justo-arbitrário».

(<sup>38</sup>) O conceito de propriedade em LOCKE engloba, como a vimos, não só os bens materiais, mas também a própria vida e a liberdade. Cfr. 2. ... 123). Como justamente refere EHRHARDT SOARES, LOCKE viu a sociedade civil como um instrumento criado para a defesa da propriedade (in: *Princípio da Legalidade...*, p. 170).

-se a uma questão quente naquela época, acrescenta: «É certo que é justo que cada um pague da sua propriedade a sua quota para a conservação do governo. Mas o cidadão deve sempre consentir, pessoalmente, ou pelos seus representantes». Quem pretender fixar impostos contra o consentimento do povo invade a lei fundamental da propriedade e subverte o fim do governo. E volta a colocar a questão: que propriedade tenho eu naquilo que outro por direito me pode tirar? (2 XI 140).

#### 4.4. *Intransmissibilidade do poder legislativo*

O quarto limite consiste na intransmissibilidade para outrem do poder de fazer leis, ou em constituí-lo noutro local que não seja o escolhido pelo povo (2 XI 142). Isto porque sendo o poder legislativo delegado pelo povo, quem o recebe não o poder subdelegar. Só o povo pode escolher a forma de república que quer. Se o povo disse quem pretende que lhe faça as leis e sob que forma, isso terá de ser respeitado. LOCKE é bem claro. «A concessão ao legislador é para fazer leis e não legisladores» (2 XI 141).

### 5. O poder legislativo não deve estar sempre reunido: Feitas as leis os deputados devem submeter-se a elas

O poder legislativo não deve estar sempre reunido, por duas ordens de razões:

1. Por isso não ser materialmente necessário;
2. Para evitar a tentação, dada a fragilidade humana dos deputados, de eles próprios executarem as suas próprias leis <sup>(39)</sup>. Isto poderia

---

<sup>(39)</sup> É necessário garantir que o legislativo não se torne arbitrário. Para tal, deve actuar mediante processo legislativo regular, não deve poder delegar o seu poder e governar por decretos improvisados e arbitrários e não deve poder executar as leis que faz. Com isto chega-se ao âmago da separação dos poderes. Uma das características essenciais da monarquia absoluta está na ausência de separação entre legislativo e executivo. Com efeito, diz LOCKE: «É neste estado (de natureza) que se encontra todo o soberano absoluto relativamente aos que estão submetidos à sua autoridade. Uma vez que só a ele pertence, efectivamente, o poder legislativo e o poder executivo, é impossível encontrar um juiz, não há recurso possível para quem quer que possa decidir de forma justa, imparcial e com autoridade, e de quem se possa esperar justiça e reparação dos prejuízos causados pelo príncipe» (2 VI 90 e 91).



levar a que eles próprios se isentassem da obediência às leis que que fazem e as adaptassem quer na sua elaboração, quer na sua execução, aos seus próprios interesses, diferentes dos da sociedade, contra o fim da sociedade e do governo <sup>(40)</sup>.

Por estas razões, «nas repúblicas bem ordenadas onde o bem comum é devidamente considerado», o poder legislativo está nas mãos de várias pessoas, as quais, devidamente reunidas, têm, elas próprias, ou juntamente com as outras, o poder de fazer leis. Mas, uma vez feitas, deve dissolver-se e as pessoas que o compunham ficam sujeitas às leis que fizeram. Este fenómeno obriga os deputados a terem o cuidado de fazer leis tendo unicamente em vista o bem público (2 XII 143) <sup>(41)</sup>.

## 6. Necessidade de eleições legislativas periódicas

É necessário que o povo detenha o poder para, de vez em quando, eleger o legislativo porque a população e a riqueza que os deputados representam está em constante evolução (2 XIII 157).

---

<sup>(40)</sup> A exigência de separação (orgânico-pessoal) entre poder legislativo e poder executivo é feita a partir do mesmo pessimismo antropológico que impregnou toda a teoria política inglesa do séc. XVII: «Seria provocar uma tentação demasiado forte para a fragilidade humana, sujeita à ambição, confiar aos que já têm o poder de fazer leis o poder de as executar. Ficariam então em condições de se dispensarem de obedecer às leis que fazem e em condições de redigi-las e de aplicá-las em função dos seus interesses» (2 XII 143). É interessante verificar que este argumento perdurou durante muito tempo e se alastrou a outros países ocidentais. Por exemplo o deputado SERPA MACHADO (in: *Diário das Cortes Constituintes de 1821/22*, p. 2688) perguntaria (a propósito da reeleição dos deputados): «Admitida a reeleição, ainda que esta caia nos mais beneméritos, não ficam estes privados das luzes da experiência que poderiam adquirir neste intervalo entre os seus concidadãos, confundindo-se com eles, descendo ao lugar eminente para irem aprender a observar as leis que eles mesmos haviam feito; notar os embaraços da sua execução e habilitar-se para a sua reforma com uma grande soma de conhecimentos práticos?»

<sup>(41)</sup> LOCKE retoma a versão originária da doutrina da separação dos poderes, que via como um pré-requisito da «*rule of law*»: para que a lei seja imparcialmente executada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem a aplicá-la (Cfr. GWYN, cit p. 74; CARL SCHMITT, *Verfassungslehre* (trad. cast.), Madrid 1934, p. 213. Também neste ponto LOCKE não é original. Limita-se a retomar a versão tradicional da «eficiência» da doutrina da separação dos poderes, apenas com diferenças de pormenor. Neste sentido, cfr. GWYN, cit., p. 77 e VILE, cit. p. 61.

### III

## O PODER EXECUTIVO

Não obstante a rapidez com que se elabora uma lei, a sua vigência é permanente e duradoura. Por isso, as leis necessitam de «execução e socorro perpétuo». É pois necessário um órgão em permanente actividade («a força permanentemente em pé») que vele pela execução das leis em vigor. Daí que muitas vezes o legislador esteja separado do executivo (2 XII 144).

### 1. O executivo é o «supremo poder da execução das leis» e substitui o legislativo quando este não está reunido

Estando o governo em funções, o legislativo é o poder supremo, pois é lógico que aquele que pode dar leis aos outros seja o superior (2 XIII 150). Mas, «nas repúblicas em que o poder legislativo está reunido por períodos de tempo e em que o detentor do executivo também participa no legislativo este também pode ser chamado ao poder supremo de fazer leis, tê-lo-á pelo menos o poder supremo de as executar». Se não houver legislativo (reunido) superior ao detentor do poder executivo, este será o poder supremo. Mas o juramento de fidelidade e lealdade prestado é feito como detentor do supremo poder executor da lei e não como supremo poder legislativo. Pois, lealdade não é mais que obediência à lei, a qual sendo violada deixa de haver direito à obediência. A autoridade do executivo é a imagem, fantasma ou representante da república, movida pela vontade da sociedade declarada nas suas leis. Assim, a autoridade não tem outra vontade ou poder senão o da lei (2 XIII 151).

### 2. O executivo responde perante o legislativo

O poder executivo, quando o seu detentor não seja simultaneamente legislador, está subordinado ao legislativo.

O legislativo faz as leis e entrega a sua execução ao executivo, podendo retirar-lhe esse poder, havendo causa justificativa, e punir qualquer «má



administração» das leis. O mesmo se diga quanto ao poder federativo, pois ambos estes poderes estão subordinados ao legislativo (2 XIII 152).

### **3. Proibição do uso da força sem autoridade**

E o que se passará se o executivo fizer uso da força pública para impedir a reunião ou os trabalhos do legislativo? Trata-se neste caso, diz LOCKE, de um uso da força sem autoridade, o que constitui um estado de guerra com o povo, o qual tem o direito a reassumir o legislativo e remover pela força os impedimentos ao legislativo para que este possa fazer as leis necessárias ao público. Em qualquer circunstância, o verdadeiro remédio para a força desprovida de autoridade é a oposição da força. Quem usa a força sem autoridade entra em estado de guerra, é agressor, e sujeita-se a ser tratado como tal (2 XIII 155).

### **4. O poder executivo é um poder fiduciário para a prossecução do bem público.**

Vimos que o executivo pode convocar e dissolver o legislativo. No entanto, este poder não lhe atribui qualquer superioridade sobre o legislativo, já que este poder não é mais que um «depósito fiduciário» colocado nele para o bem do povo, naqueles casos em que os «negócios humanos» não tenham podido ser determinados por uma regra certa e fixa.

### **5. O executivo convoca e dissolve o legislativo**

A necessidade de convocar o legislativo não pode ser prevista para o futuro. Por um lado, a reunião permanente do legislativo é desaconselhável e, por outro, pode acontecer a necessidade de convocar com urgência o legislativo. Para responder a estas necessidades, a melhor solução é a de atribuir ao executivo o poder de dissolver e de convocar o legislativo. Não se trata no entanto de um poder arbitrário, mas sim de um poder que deve ser exercido tendo em vista o bem público. Não obstante esta prerrogativa do executivo, nem por isso ele é superior ao legislativo (2 XII 156).

Na convocação do legislativo, o executivo deve atender às evoluções sofridas. A população e a riqueza que os deputados representam está em constante evolução. Há cidades muito populosas e ricas que se transformam em pobres e pouco povoadas e vice-versa (XIII 157). *Salus populi suprema lex*, é uma regra que tem de ser respeitada primeiramente pelo executivo. Assim, perante uma alteração das acima descritas, o executivo deve proceder às respectivas actualizações sem com isso estar a nomear um novo legislativo, mas apenas a restaurar o antigo e verdadeiro legislativo, «rectificando as desordens que a sucessão dos tempos introduziu». A representação deve ser justa e igual. Se o príncipe procede a esse ajustamento está a vir ao encontro do bem público, para o que tem o consentimento do povo. Tudo o que o príncipe fizer para o bem do povo é uma prerrogativa justa (2 XIII 158).

## 6. A prerrogativa

A principal característica do poder executivo é a sua «prerrogativa» <sup>(42)</sup>. As características desta «prerrogativa» do executivo revelam estreitas afinidades com o actual poder discricionário da Administração. Ainda que sob designações e em proporções bem diferentes, esta exigência da actividade administrativa continua a ser absolutamente indispensável à prossecução do bem comum.

LOCKE define a prerrogativa como o poder de promover o bem público sem uma regra para isso estabelecida (2 XIV 158 e 166) <sup>(43)</sup>.

Sempre que os poderes legislativo e executivo estão em mãos distintas — como acontece em todas as «monarquias moderadas e governos bem formados» — o bem da sociedade exige que algumas «coisas» fiquem na «discricção» daquele que tem o poder executivo. Isto pelo facto de o legislador não ser capaz de prever por leis tudo aquilo que pode ser útil à sociedade.

---

<sup>(42)</sup> Certos autores, como CARRÉ de MALBERG, distinguem em LOCKE quatro poderes: o legislativo, o executivo, o federativo e a prerrogativa.

<sup>(43)</sup> A prerrogativa inclui o poder de convocar e determinar o tempo e a duração das sessões do corpo legislativo. Tal como o poder executivo e o poder federativo, também a prerrogativa deve estar confiada a uma e mesma pessoa: ao príncipe. «À prerrogativa é deixada a regulamentação do mutável, do transitório, do pluriforme da vida social» (BÖCKENFÖRDE, cit. p. 27) ou, segundo STARK (cit. p. 125), «a competência normativa incluída nos poderes de prerrogativa é de curto prazo».



Estando o executivo permanentemente em funções e tendo o poder nas suas mãos, poderá responder às necessidades exigidas pelo bem comum. Há muitas coisas que a lei não pode prever e essas necessariamente devem ser deixadas à discrição daquele que tem o poder executivo a fim de que ele sobre elas possa decidir de acordo com as exigências do bem público <sup>(44)</sup>. Por outro lado, é justo que as leis reconheçam esta necessidade e deixem margem de manobra ao poder executivo. É conveniente que o governante tenha em muitos casos o poder de mitigar a severidade da lei e de perdoar a alguns transgressores. Isto porque, sendo o fim do governo a conservação de todos, até mesmo os culpados devem ser perdoados quando aí não resulte dano para os inocentes (2 XIV 159).

A prerrogativa consiste pois no poder de agir discricionariamente tendo em vista o bem público, sem prescrição da lei e às vezes mesmo contra a lei (2 XIV 160).

As razões do reconhecimento deste poder são:

1. O legislativo não está sempre reunido;
2. O legislativo é um órgão demasiado numeroso e, por isso, demasiado vagaroso, tendo em vista o expediente necessário à execução;
3. É impossível prever e, por isso, providenciar por via legislativa todas as ocorrências e necessidades que podem dizer respeito ao público;
4. É impossível fazer leis que não prejudiquem a alguns, no caso de virem a ser executadas com rigor inflexível em todas as ocasiões e sobre todas as pessoas que as transgridam;
5. Suprir os casos em que a lei é muda (2 XIV 164).

Assim, é necessário deixar ao poder executivo uma margem «para que ele possa fazer muitas coisas, conforme entender, não previstas na lei» (2 XIV 160).

De início, diz LOCKE, a acção do governo era exercida quase toda no âmbito de uma prerrogativa. Apenas existiam poucas leis e a discrição e cuidado do governante supria o resto. Mas a partir do momento em que os Príncipes começaram a fazer uso deste poder para os seus fins particulares

---

<sup>(44)</sup> Assinale-se que já ARISTÓTELES havia alertado para a «sombra ameaçadora de um Estado que tudo nivela» (*Politik*, 1261, 1263b).

e não para o bem público, o povo passou a estabelecer limites à prerrogativa, regulando cada vez mais a actividade do executivo (2 XIV 162). Esta maior regulamentação da actividade não retira nada ao Príncipe que lhe pertencesse, pois o poder sempre foi do povo, e como o Príncipe não o usa em benefício do bem público, o povo vê-se obrigado a regulamentar a sua actividade (2 XIV 163). Só aquilo que prejudica ou se opõe ao bem público é que é usurpação. O interesse do Príncipe é o mesmo do bem da sociedade. A prerrogativa não é pois um «poder arbitrário para fazer coisas perniciosas ao povo» (2 XIV 163).

A amplitude da prerrogativa deixada pelo povo varia consoante a bondade e a sapiência dos Príncipes. Disto é prova, diz LOCKE, a história da Inglaterra, pois foi aos Príncipes mais sábios e melhores, cujas acções se orientaram para o bem público, que o povo deixou maior prerrogativa, mesmo para agirem sem ou contra a lei, pois ao agirem conforme o bem público agiam conforme a instituição e o fim de todas as leis (2 XIV 165). Na história, acrescenta ainda LOCKE, aceitou-se um certo direito do Príncipe ao poder arbitrário com base no argumento de que a monarquia absoluta seria o melhor governo por se assemelhar ao governo de Deus no mundo, pois que tais reis (divinos) participariam da soberania e bondade de Deus. Invocou-se como estandarte da prerrogativa as boas acções de monarcas anteriores com o fim, muitas vezes, de justificar um direito de afectar o bem público (2 XIV 166). E LOCKE dá um exemplo: Na Inglaterra, o poder de convocar os parlamentos faz parte da prerrogativa do rei. No entanto, esta prerrogativa existe na suposição de que ela apenas será usada para o bem da nação, segundo as exigências dos tempos e a variedade das circunstâncias o exigirem (2 XIV 167).

Mas a prerrogativa volta a suscitar a velha pergunta: Quem há-de ser o juiz do bom ou mau uso deste poder? Ao que LOCKE responde: entre o poder executivo em funções e com tal prerrogativa, e o legislativo que depende, para se reunir, da vontade do executivo, não pode haver juiz sobre a terra, ou seja, não pode haver juiz entre o legislativo e o povo. Em caso de conflito apenas resta ao povo apelar para o Céu, isto é, a revolta popular. Aqui aplica-se a lei da natureza anterior e superior a todas as leis positivas dos homens: «apelar para o Céu» (isto é, fazer a guerra). O povo não pode renunciar a esta decisão, como não pode renunciar à sua própria vida e, não podendo isto, não pode dar a outrem o poder de a tirar (2 XIV 168).



## IV

### O PODER FEDERATIVO

Segundo LOCKE, em toda e qualquer república existe ainda um outro poder, o poder federativo, que também poderá ser chamado de natural (2 XII 145), por corresponder ao poder que todo o homem tinha antes de entrar para a sociedade. É que, do ponto de vista externo, uma sociedade constitui um corpo que permanece em estado natural com o resto do género humano. Daqui resulta que as ofensas de um estrangeiro a um membro da sociedade sejam tomadas como ofensas a toda a sociedade, e vice-versa. Temos assim que toda a sociedade política é um corpo que ainda se encontra em estado natural em relação a todos os outros Estados ou pessoas que não fazem parte dessa sociedade (2 XII 145). Ora, este «poder» <sup>(45)</sup> não deixa de suscitar alguma polémica, sobretudo se tivermos em conta as então concepções dominantes nesta matéria. Controverso é igualmente o contributo que o «poder federativo» de LOCKE poderá ter dado para aquilo a que hoje chamamos direito internacional público.

#### 1. O estatuto específico do poder federativo

Uma primeira observação que cumpre fazer é a de que o poder federativo, cuja existência é necessária ao enquadramento jurídico da vida política de um Estado nas suas relações com os outros Estados, não é homogêneo com os outros poderes na trilogia institucional estabelecida por LOCKE. É certo que, à semelhança do poder legislativo e do poder executivo, ele responde à exigência de juridicidade que simboliza o poder judiciário do tribunal; e, como eles, também responde à vontade criativa do poder constituinte que reside no corpo político. A este duplo título, o poder federativo é, não menos que os poderes legislativos e executivo, um poder bem fundado. Todavia, parece que LOCKE ao referir-se ao «poder federativo» se

---

<sup>(45)</sup> O poder federativo compreende o direito de fazer a paz e a guerra, celebrar tratados e alianças, conduzir todas as espécies de negócios com pessoas ou comunidades estrangeiras (2 ... 146).

reporta menos a um órgão distinto, que a uma função governamental <sup>(46)</sup>. Ora, só a natureza desta função dita «federativa» e o domínio em que ela se exerce esclarecem, sobretudo devido às dificuldades e incertezas que encobrem, o estatuto «constitucional» criado por LOCKE.

1. Confrontado com as instâncias legislativa e executiva, o poder federativo apresenta uma outra natureza <sup>(47)</sup>. Enquanto que os órgãos habilitados a legislar e a executar as leis são instituições positivas e actuam a este título, em última análise no exercício da soberania do corpo político, o poder federativo é, diz LOCKE, «natural»: «ele corresponde ao poder que cada homem tinha antes de entrar para a sociedade» (2 XII 145) <sup>(48)</sup>. Escapando aos pontos de vista de *lege lata*, como também aos pontos de vista de *lege ferenda*, ele afirma-se na sua função distributiva da justiça interestadual como resultando do direito natural.

É certo que LOCKE não diz expressamente, como o fará KANT um século mais tarde, que as relações externas recíprocas dos diversos Estados se desenrolam de maneira selvagem, num universo sem lei e, portanto, infra-jurídico <sup>(49)</sup> e que, em suma, as diferentes repúblicas se encontram, umas em relação às outras, num estado de liberdade natural, que é um estado de guerra latente. Este modo de compreender a coexistência dos Estados era, com efeito, o da maior parte dos juristas da escola do direito natural e das gentes: entre eles, diz por exemplo GROCIO, «não está aberta a via da justiça» <sup>(50)</sup>. Por conseguinte, no plano internacional a relação dos Estados entre si rege-se unicamente pelo direito da natureza, de

---

<sup>(46)</sup> É, em todo o caso, o que compreenderá MONTESQUIEU quando coloca ao lado do «poder legislativo» e do «poder executivo das coisas que dependem do direito civil», o «poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes» (in: *L'esprit des lois*, livro XI, cap. VI, que tem por epígrafe «*De la Constitution d'Angleterre*», in *fine* ...); este poder abarca todos os poderes de execução atribuídos ao governo, inclusive os casos que LOCKE colocava sob a rubrica do executivo e da «prerrogativa».

<sup>(47)</sup> O poder executivo e o poder federativo distinguem-se entre si por referência ao poder legislativo. O federativo é mais difícil de regulamentar através de leis previamente fixadas do que o executivo, pelo que lhe deve ser deixada maior margem de prudente iniciativa (2 ... 147). A grande afinidade que apresentam entre si diz respeito ao seu titular: devem ser confiados a uma só e mesma pessoa de forma a que a força pública que consubstancia não seja colocada sob diferente comando (2 ... 148).

<sup>(48)</sup> A lei da natureza foi repetidas vezes definida por LOCKE como «*the common law of reason*» ou «*the law of right reason*».

<sup>(49)</sup> KANT, *Doutrina do Direito*, § 54.

<sup>(50)</sup> GRÓCIO, *De Jure Belli ac Pacis*, livro I, cap. III, § 2.



onde ele conclui que o direito do mais forte tem por corolário o *ius belli*. Na verdade, ainda que LOCKE o não refira com esta nitidez incisiva, admite que os Estados estão entre si como em estado de natureza. Muito subtilmente acrescenta LOCKE que «os diferendos que surgem entre um homem de uma sociedade e os que não fazem parte dela «interessam a todo o Estado de que este homem é membro». A injúria que é feita a um só cidadão, devido à unidade da sociedade civil e à «vontade única» que a caracteriza, «leva todo o corpo a pedir reparação» (2 XII 145). É na base desta «unidade-solidariedade» que LOCKE torna os membros do *Commonwealth* numa entidade jurídica, mas os deixa numa relação não-jurídica com os outros Estados. Eis a base, diz LOCKE, do que se pode chamar «poder federativo». O nome pouco importa, diz ele, salvaguardado que se entenda a coisa (2 XII 146). A função própria deste «poder» é pois fazer a guerra e a paz, alianças e todo o tipo de contratos com elementos estranhos à república (2 XII 146).

2. Aparentemente as coisas são claras. Na realidade, porém, este poder tem um estatuto bastante problemático, cujas dificuldades permitem discernir as próprias hesitações de LOCKE em matéria de direito constitucional.

Não há dúvida de que o poder federativo, tal como LOCKE o definiu, se tornou historicamente necessário no momento em que a formação dos Estados na Europa se estabeleceu pela pluralidade dos corpos políticos, que não podem nem ignorar-se mutuamente, nem limitar-se a manter entre si relações de força. Mas, pela sua natureza, este «poder» não deixa de ser ambíguo; e esta ambiguidade revela que LOCKE é um pensador simultaneamente vinculado à tradição jusnaturalista e já voltado para uma concepção nova, que se chamará em breve de direito internacional público. Com efeito, por um lado, este poder corresponde ao que GRÓCIO chamou de «direito natural *a priori*» <sup>(51)</sup> que procede, como dizem CÍCERO e JUSTINIANO, da «natureza razoável e sociável do homem»; mais precisamente, ele corresponde ao que na linha dos jusnaturalistas se chama de *ius gentium* ou direito das gentes <sup>(52)</sup>. Como tal, ele ultrapassa os limites próprios da sociedade política e volta-se exclusivamente para o «exterior». Mas, por outro lado, LOCKE inscreve-o na trilogia institucional do governo civil; ele reconhece-

<sup>(51)</sup> GRÓCIO, ob. cit., livro I, cap. I, § 12.

<sup>(52)</sup> Ob. cit., livro I, cap. II, § IV; PUFENDORF, *Jus naturae et gentium*, VIII, VI e seg.; WOLFF, *Institutione juris naturae et gentium*, vers. IV.

-lhe, pois, um carácter positivo que o situa, não menos que os poderes legislativo e executivo, na esteira do poder constituinte da república (§ 96 e 119). A este título ele constitui esta parte do direito da soberania que ROUSSEAU com uma intuição positivista muito clara inscreverá no direito político<sup>(53)</sup> e que HEGEL denominará de «direito público externo». LOCKE, limita-se a situar este «poder natural» no contexto positivo (se não mesmo positivista) dos três poderes. Ele nem tenta ultrapassar o equívoco.

## 2. O exercício do poder federativo

Quanto ao exercício do poder federativo, também ele não deixa de suscitar certas incertezas. Trata-se de um poder bastante «distinto» (§ 147) e que não tem competência senão «relativamente às gentes de fora e às outras sociedades». Nada na sua essência formal, como na sua essência material<sup>(54)</sup>, parece assemelhar-se nem às competências do poder legislativo, nem às do poder executivo. Daí que a maior parte dos comentaristas de LOCKE tenham visto na sua ordenação dos poderes do *Commonwealth* o esboço de uma teoria da «separação dos poderes». No entanto, mesmo que se admita que as funções do poder federativo correspondem ao que os jurisconsultos do séc. XVII chamaram de *ius ad bellum*, ou direito de fazer a guerra, de *ius tratum*, ou direito de concluir tratados ou alianças, e de *ius legationis*, ou direito de enviar e receber embaixadores — funções homogêneas na sua finalidade pois que todas elas visam os «interesses do Estado» e a salvaguarda do bem público em matéria de negócios estrangeiros —, temos de convir que estes «direitos» possuem, na obra de LOCKE, um carácter indefinido e não deixam de apresentar uma certa heterogeneidade na sua execução.

Com efeito, por um lado, o direito da guerra e da paz, assim como o direito de nomear embaixadores<sup>(55)</sup> fazem parte do poder administrativo e do poder de polícia; eles constituem, pois, no fundo, as competências essenciais do poder executivo. O próprio LOCKE reconhece-o, pois admite que,

---

<sup>(53)</sup> ROUSSEAU, *Le contrat social*, livro IV, cap. IX; ÉMILE, in: *Pléiade*, tomo IV, p. 848.

<sup>(54)</sup> Cfr. *Ensaio sobre o entendimento humano*, III, VI, 21 3 e 6.

<sup>(55)</sup> Sobre o qual, aliás, LOCKE não se demora, diferentemente de GRÓCIO e dos juristas da escola de direito natural e das gentes.



embora «materialmente distintos em si», exigindo o exercício quer do poder executivo, quer do poder federativo, a força da sociedade, é quase impraticável que eles sejam depositados em mãos distintas e independentes de tal modo que a força pública se encontrasse sob comandos distintos. Tal solução levaria a que, esporadicamente, houvesse desordem e ruína (2 XII 148) <sup>(56)</sup>.

Por outro lado, em contrapartida, o direito de concluir os tratados e as alianças «com todas as espécies de comunidades e de Estados» é, por definição, um poder de aprovar regras ou, no mínimo, de participar na sua emissão. É pois um poder que, impõe-se dizê-lo, materialmente falando, tem natureza legislativa. Daqui se deduz que o poder federativo só poderá ser exercido conjuntamente pelas autoridades executivas e legislativas. Neste aspecto ele assemelha-se ao direito positivo. Parece pois que, se o poder federativo não é, na sua essência material, um poder «autónomo», ele será em qualquer dos casos um poder «distinto». LOCKE afirma expressamente que, na hierarquia dos poderes (§ 149), o poder federativo está, simultaneamente com o executivo, «subordinado ao poder legislativo, o qual é a força suprema do Estado» (2 XII 153). Mas LOCKE acrescenta — e isto está longe de ser secundário — que as características próprias do poder federativo impedem que ele possa orientar-se por leis pré-estabelecidas, fixas e positivas, como acontece com o executivo. Antes, o poder federativo deve ser deixado à prudência e ao saber dos seus detentores, a fim de que estes o possam exercer no interesse do bem público (2 XII 147) <sup>(57)</sup>.

No mínimo, estes elementos indicam que LOCKE dá mais atenção à prática que à teoria política. Nesta perspectiva a lei da natureza <sup>(58)</sup>, que domina toda a concepção política de LOCKE, apresenta-se, em definitivo,

---

<sup>(56)</sup> Deve entender-se esta expressão na sua aceção moderna, proveniente de ROUSSEAU (*Le Contrat Social*, 1. III, cap. I). Com efeito, ROUSSEAU define o governo como «un corps intermédiaire établi entre les sujets et le Souverain pour leur mutuelle correspondance, chargé de l'exécution des lois et du maintien de la liberté, tant civile que politique»; é a ele que incumbe «l'exercice légitime de la puissance exécutive»; ele distingue-se claramente do Prince ou do Magistrat, que é «l'homme ou le corps chargé de cette administration».

<sup>(57)</sup> Ambos se distinguem entre si por referência ao poder legislativo: o federativo é mais difícil de regulamentar através de leis positivas previamente fixadas, pelo que lhe deve ser deixada uma margem de prudente iniciativa (2 XIII 147).

<sup>(58)</sup> LOCKE define a lei da natureza como «the common law of reason» ou «the common law of right reason».

como o princípio fundamental do poder federativo, exactamente como ela é para os juristas próximos de GRÓCIO, o verdadeiro princípio do *ius gentium*. Se, pois, LOCKE escolheu reflectir sobre o governo civil porque na Inglaterra do seu tempo, mais do que em qualquer outra parte, o problema do Estado era urgente, ele não ignorou que a vida política ultrapassa as fronteiras e possui uma dimensão cosmopolítica. Nisto revela-se sem dúvida uma superioridade de LOCKE relativamente a HOBBS, cujo *Leviathan* não se abriu à vida internacional, e relativamente a J. J. ROUSSEAU, que condenará peremptoriamente o cosmopolitismo. A referência de LOCKE ao poder federativo é pois o prelúdio do cosmopolitismo que mais tarde desenvolverão LEIBNITZ, o abade de SAINT-PIÈRE e, mais em geral, os filósofos iluminados; ele contém como que em segredo o «optimismo jurídico» de que KANT um século mais tarde se fará o arauto. Eis porque não deixa de ser significativo que LOCKE tenha chamado de «*federative power*» ao terceiro poder da sua trilogia constitucional (ainda que ele tenha considerado serem «as palavras indiferentes»).

3. As incertezas de carácter «jurídico-constitucional» que resultam da análise do poder federativo permitem, com efeito, dar à trilogia lockiana dos poderes o seu sentido filosófico e o seu alcance ético <sup>(59)</sup>.

LOCKE sabia sem dúvida que o próprio GRÓCIO dissera que o homem pertence simultaneamente à sua cidade e ao universo <sup>(60)</sup>. Assim, como é que o bem comum, que é o fim visado pelos homens quando renunciam ao estado de natureza, como é que a justiça, que é a essência jurídica de toda a existência política, se poderiam acantonar no interior de fronteiras fechadas? LOCKE é demasiado discreto para empregar a metáfora stoikiana de «cidade do mundo»; e não é tão jurista que vá ao ponto de elaborar formalmente um direito interestadual. Mas LOCKE leu PUFENDORF e reteve dele o princípio da sociabilidade universal, já anteriormente proposto por GRÓCIO, e elevado a regra no *ius naturae et gentium*, regra esta que assenta simultaneamente na natureza do homem e no fim através do qual ele tende à preservação e ao desenvolvimento do género humano: O direito natural aplica-se no interior do Estado e entre os diversos Estados. Num caso como

---

<sup>(59)</sup> A sua doutrina é reflexiva e não positivista. LOCKE é filósofo e não jurista. Pela sua própria finalidade, a competência internacional do poder federativo tem maior significado ético que jurídico.

<sup>(60)</sup> *Ibidem*, *Discours Préliminaire*, § 25, nota 6.



noutro, ele traduz a necessidade de uma jurisdição que, na emissão das normas, como na sua execução, não depende apenas da boa vontade dos indivíduos. A natureza humana é muito frágil para que, de um modo geral, se possa confiar nela. O apelo aos Céus não é senão um último recurso e, aliás, não é possível que estejamos «bem seguros» de estar no seu direito (§ 176). É pois necessário no mundo dos homens um poder de estabelecer normas dotado simultaneamente de um poder jurisdicional. Assim, o poder federativo é para LOCKE, *mutatis mutandis*, o equivalente no plano inter-estadual, ao que é no plano interno o princípio judiciário classicamente referido nas Constituições. No mínimo, ele obedece a um imperativo de justiça, de que como sabemos LOCKE fez a principal exigência da passagem da comunidade natural para as sociedades civis. Mas para ele é claro que a condição jurídica dos homens não pode, pela própria razão da universalidade da lei da natureza, acantonar-se no interior das fronteiras estaduais.

Meio século depois de LOCKE, CHARLES DE MONTESQUIEU expressará o seu europeísmo em termos de direito e traçará a silhueta de uma «república federativa», de que aliás ele não se cansará de lembrar que a própria história contém exemplos, não apenas na Grécia e em Roma, mas também nos tempos modernos na Suíça, na Alemanha e na Holanda. Na verdade, LOCKE ao chamar de «poder federativo» não se refere, como MONTESQUIEU ou VATTEL <sup>(61)</sup> a uma «sociedade das sociedades» que seria «uma forma de governo» nascida de uma convenção internacional «unindo vários corpos políticos» numa «confederação de Estado» <sup>(62)</sup>. Mais modestamente, LOCKE atribui ao governo de um Estado competência jurídica internacional, o que significa que o dever de justiça, de acordo com os ditames da lei da natureza, ultrapassa as fronteiras. O poder federativo mostra pois que na filosofia de LOCKE a reflexão política jamais é feita à margem da ética visada e de forma independente das bases metafísicas subjacentes simultaneamente à natureza humana e ao universo.

<sup>(61)</sup> E. de VATELL, *Le Droit des Gens*, 1756, limita-se sobretudo a sistematizar as relações jurídicas entre os Estados.

<sup>(62)</sup> *L'Esprit des Lois*, IX I.

### 3. Significado do poder federativo na ética política de Locke

Para compreendermos o alcance do Tratado do Governo Civil é importante restituir ao poder federativo o seu devido lugar na ética política de Locke.

1. Trata-se com efeito de uma compreensão demasiado superficialista das ideias políticas de LOCKE afirmar, como o fizeram certos comentaristas, muito simplisticamente, que o poder federativo substitui na carta constitucional de LOCKE o poder judiciário, de que falavam os clássicos, desde ARISTÓTELES. Já vimos que LOCKE fica aquém de uma teorização constitucional do poder. Pretendemos agora chamar a atenção para o facto de que a intenção fundamental de LOCKE é quanto a este problema do tratamento institucional dos poderes do Estado, mais ético que jurídico.

Demonstrámos mais acima que, segundo LOCKE, é a competência jurisdicional que caracteriza o Estado civil (§§ 89 e 90) e o distingue do estado de natureza (§§ 19 e 20), onde não existem nem leis, nem juizes, nem tribunais. Estrito apanágio do magistrado civil, esta competência não é pois domínio do «poder» específico que, além disso, seria, não apenas «distinto», mas «autónomo» dos poderes legislativo e executivo do *Commonwealth*. Bem longe de propor uma teoria da separação dos poderes, LOCKE mostra, pelo contrário, que o poder legislativo, expressão da força constituinte do povo, encontra complemento no poder executivo, de tal maneira que a complementariedade funcional destes dois poderes lhes dá competência para assumir a vocação jurisdicional do Estado. Ora, esta vocação, tão importante ao ponto de fornecer o próprio critério de toda a sociedade política, manifesta-se para além do círculo fechado do Estado, isto é, perante e de harmonia com outros Estados (§ 147). Se é pois verdade que o governo civil estabelece e aplica um direito público interno, ele também deve «prevenir e reprimir as injúrias estrangeiras (131 — 30), promover e defender os interesses do Estado perante outros Estados» (§ 147). Em suma, faz parte das funções do governo civil a gestão das relações internacionais e o governo das relações inter-estaduais. Não pode, evidentemente, substituir-se a um poder judiciário. Mas transporta as competências e obrigações judiciárias do Estado para o domínio internacional.

É pois ali que surge uma dificuldade de ordem doutrinal. Não se trata aqui da pergunta se a função internacional do poder federativo do Estado se limita a obedecer às regras de processo ou se se funda num direito material.



LOCKE quase que permanece alheio às considerações da técnica jurídica. Mas é significativo que tanto quanto à sua fonte, como quanto aos seus objectos, ele não faça da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional dois universos distintos. À visão *dualista*, ele prefere uma concepção *monista*, a qual implica, mesmo se ele não o diz expressamente, que toda a espécie de contencioso, interno como internacional, deve ser regulado pelas mesmas normas, isto é, pelas normas do direito interno. O justo e o injusto não variam com as fronteiras. No que concerne às competências diplomáticas do governo civil, significam que LOCKE recusa a tese do relativismo jurídico tornado célebre por PASCAL. O justo não varia para alguém ou para além de uma fronteira. Verifica-se aqui, implicitamente, um universalismo axiológico que o europeísmo leibnitziano retomará em conta, endossando-o à ideia de uma jurisprudência universal. LOCKE não vai seguramente tão longe. Ele contenta-se com uma intuição que jamais procura precisar. Eis a razão porque ele não se interroga sobre a hierarquia das ordens jurídicas; ele defende haver primazia do direito interno (§ 149) e não admite que se possa atribuir ao direito internacional, como o fará já neste século por exemplo Kelsen, um primado sobre o direito interno. Do ponto de vista da doutrina e, *a fortiori*, da técnica jurídica, as ideias de Locke são certamente deficientes. Mas é necessário tomá-las nas suas verdadeiras dimensões. LOCKE não se propôs elaborar uma carta institucional que fale a linguagem do direito positivo; ele não ambiciona mesmo traçar as grandes linhas do *Parliament Act*, que corresponderão nos textos à política de GUILHERME III de Orange. A sua «doutrina» é de reflexão e não positivista. Ele é filósofo e não jurista. Pela sua própria finalidade, a competência internacional do poder federativo tem mais um significado ético que jurídico.

2. O fundamento ético que revela a organização dos poderes no Estado civil encontra a sua justificação, segundo LOCKE, na lei da natureza e, como tal, inscreve-se num contexto filosófico em que não é possível fazer abstracção na política do segundo tratado.

Pelo exercício do poder federativo, harmónico com o poder executivo e como ele subordinado ao poder legislativo, o *Commonwealth* assegura com os Estados vizinhos uma ordem simultaneamente conforme ao bem comum da sociedade civil e ao interesse geral da comunidade internacional. Esta ordem entre Estados, como no interior do Estado, é o garante da paz. LOCKE — que não parece pensar que a cooperação e a amizade também devam ser promovidas entre os povos — situa pois a finalidade das relações

internacionais na perspectiva teleológica da lei na natureza. Devemos recordar aqui que, ao contrário de GRÓCIO ou de PUFENDORF, ele não estabelece um paralelo entre o direito internacional e o direito interno do Estado; um é o alargamento do outro. A sua colateralidade advém da sua finalidade e, nesta perspectiva monista, LOCKE não poderia admitir que o direito internacional exercido pelo poder possa ter qualquer primazia sobre o direito interno. Em suma, o poder federativo constitui uma espécie de direito estadual externo. Eis porque LOCKE não coloca o problema jurídico das organizações internacionais e não se interroga sobre a questão de saber se a soberania dos Estados (expressão que ele recusa utilizar) deve ser recusada, limitada ou mantida. O autor não se refere aos processos de equilíbrio nas relações de forças. Ele não pormenoriza, como GRÓCIO, o direito das embaixadas, ou como se concluem as convenções e os tratados internacionais. Mais próximo de PUFENDORF, LOCKE atribui ao *Commonwealth* a tarefa de realizar a ordem da sociedade a bem da paz. Assim, tomado no seu contexto teleológico, o poder federativo pode parecer cheio de equívocos. Ele faz parte da organização positiva do Estado, mas responde antes de mais às exigências da lei natural.

## V

### CONCLUSÃO

LOCKE não será talvez o doutrinador do constitucionalismo e o pioneiro da teoria da separação dos poderes. No entanto, sobretudo devido ao seu horror ao absolutismo, ele abre as portas à via política da liberdade fundada na soberania popular. Depois, tenta conciliar a autoridade com a liberdade. Neste sentido, LOCKE tem a nítida intuição da ideia constitucional como antídoto ao absolutismo.

Só não verá em Locke um teórico da separação dos poderes quem partir de versões posteriores que nesta doutrina incluam um poder judicial autónomo <sup>(63)</sup> e sublinhem ideias de equilíbrio e coordenação entre os poderes ou nela incluam um sistema de freios e contrapesos, estranha à sua ver-

---

<sup>(63)</sup> No entanto, LOCKE não deixa de acautelar os valores que a sua autonomização como poder visa, rejeitando a ideia de uma autoridade julgando em causa própria e exigindo juízes imparciais e honestos.



são originária. Estes elementos são, na teoria de LOCKE, inexistentes <sup>(64)</sup> ou incipientes <sup>(65)</sup>. Apenas virão a fazer parte integrante das versões do séc. XVIII da teoria da separação dos poderes, no contexto da teoria da balança dos poderes.

## BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES: *Política*, trad. Lisboa 1977.
- BASSI, FRANCO: «Il Principio de la Separazione dei Poterii», in: *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1965.
- BÖCKENFÖRDE, E. W.: *Gesetz und Gesetzgebende Gewalt* (1957), 2.<sup>a</sup> ed. Berlim 1980.
- BRONOWSKI, J./MAZLICH, B.: *A Tradição Intelectual do Ocidente*, trad. Lisboa 1983.
- CAETANO, MARCELLO: *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, I, 6.<sup>a</sup> ed. (reimpressão), Coimbra 1983.
- CANOTILHO, GOMES: *Direito Constitucional*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra 1983.
- CÍCERO: *República* (ed. de Konrad Zeiler, in: *Staatstheoretische Schriften*, Berlim 1984.
- EHRHARDT SOARES, ROGÉRIO: «Princípio da Legalidade e Administração Constitucional», in: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, p. 169-191; *Idem*, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra 1969.
- FUZIER, HERMAN: *La Séparation des Pouvoirs d'après l'Histoire et le Droit Constitutionnel Comparé*, Paris 1980.
- GWYN, W. B.: *The meaning of the separation of powers*, New Orleans 1965.
- HENNIS, WILHELM: «Vom Gewaltenteilenden Rechtsstaat zum teleokratischen Programmstaat», in: *Respublica, Festschrift für Dolf Sternberger*, 1977.
- JELLINEK, GEORG: *Allgemeine Staatslehre*, Munique 1894.
- KAGI, OSKAR WERNER: *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips*, Zurique 1937.
- KANT, IMMANUEL: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, ed. de Wilhelm Weischadel, Darmstadt 1983.
- LOCKE, JOHN: *Two Treatises of Government*, 1690.
- MALBERG, CARRÉ: *Contribution à la théorie générale de l'État*, 2 vol. Paris 1920.
- MARSCHALL, GEOFFREY: *Constitutional Theory*, Oxford 1980.
- MONTESQUIEU, CHARLES DE: *De l'Ésprit des Lois*, 1748.
- NEVES, CASTANHEIRA: *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra 1983.
- RAUSCH, HEINZ: *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Darmstadt 1969.
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES: *Du Contrat Social*, Paris 1776.
- SCHMITT, CARL: *Legalität und Legitimität*, Munique 1932.
- STARK, CHRISTIAN: *Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1970.
- VILE, M. J. C.: *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967.

---

<sup>(64)</sup> Neste sentido KAGI, cit., p. 48.

<sup>(65)</sup> Neste sentido BÖCKENFÖRDE, cit., p. 28, BASSI, cit., p. 28.